



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

# FLORE

## Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

### **Linee guida e indagine in concreto della colpevolezza del sanitario**

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

*Original Citation:*

Linee guida e indagine in concreto della colpevolezza del sanitario / Nazzaro, A.C.. - In: LE CORTI FIORENTINE. - ISSN 2385-1279. - STAMPA. - 3/2016:(2016), pp. 3-17.

*Availability:*

This version is available at: 2158/1076428 since: 2017-03-10T12:24:10Z

*Terms of use:*

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

*Publisher copyright claim:*

(Article begins on next page)

ANNA CARLA NAZZARO

## LINEE GUIDA E INDAGINE IN CONCRETO DELLA COLPEVOLEZZA DEL SANITARIO

SOMMARIO: 1. *Ars medica* e comportamento “consigliato” dalle linee guida. – 2. Libertà terapeutica del medico e scelta tra diverse opzioni di cura. – 3. Libertà terapeutica, responsabilità e tutela della salute. – 4. Il ruolo delle linee guida nei casi di responsabilità do equipe: cenni. – 5. Libertà di cura del medico e libertà di scelta del paziente: il ruolo del consenso informato. – 6. Consenso informato quale specificazione del contenuto della diligenza del medico.

### 1. *Ars medica* e comportamento “consigliato” dalle linee guida.

L'*ars medica* è una scienza, basata, come le altre, su regole definite, evidenze scientifiche e risultati attesi, eppure a differenza delle altre scienze sconta una diversa caratterizzazione sociale e una più rigorosa valutazione dell'operato dei suoi esponenti. La sua peculiarità sta nell'oggetto dello studio che è l'essere umano o, meglio ancora, la persona la quale non può essere valutata nella sua meccanicità di somma di organi, ma nella sua individualità e nella considerazione che, a norma dell'art. 32 cost., «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Non è certo questa la sede per affrontare il tema del diritto alla salute. Per un certamente sommario e lacunoso elenco bibliografico, cfr. S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 336 ss.; F. PERGOLES, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corr. amm.*, 1961, p. 342 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, I, p. 1 s.; R. PASQUINI, *La tutela della salute nell'ordinamento italiano*, in *Problemi della sicurezza sociale*, 1966, p. 254 ss.; L. CARLISSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, p. 106 ss.; S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, p. 78 ss.; M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 Cost. ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 768 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, in Comm. Cost.* Branca, Bologna, 1976, p. 176 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 769 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti “sanitari”*, in *Dir. soc.*, 1981, p. 536 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1984, p. 557 ss.; R. ROMBOLI, *Art. 5. Delle persone fisiche. Artt. 1-10*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna, 1988, p. 227 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, p. 32; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991, p. 49 ss.; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 40 ss.; I. TERESI, *La tutela della salute nelle decisioni della Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 114 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, p. 37 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, p. 174 ss.

Già nella norma costituzionale appare con chiarezza il ruolo del diritto alla salute che è insieme un diritto individuale e collettivo<sup>2</sup> (e il richiamo finale del 1 comma ne è una affermazione esplicita), un diritto che, secondo le categorie classiche, è diritto soggettivo assoluto e, in quanto tale, gode del massimo grado di tutela in caso di sua violazione<sup>3</sup>.

Ma cosa significa violare il diritto alla salute? Quali sono i risvolti che questa complessa problematica propone? E soprattutto, su quale soggetto grava l'obbligo di tutela?

Ecco, dunque, che compare la figura del medico, quale soggetto professionale che giura “di perseguire come scopi esclusivi la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo della sofferenza”<sup>4</sup>.

Leggendo poi la vicenda secondo la lente giuridica, e senza voler qui prendere posizione sulla tematica della contrattualità o extracontrattualità della responsabilità<sup>5</sup>, si tratta di una fattispecie nella quale il paziente (creditore) può pretendere dal medico (debitore) una determinata prestazione a contenuto non definito ma che abbia comunque la finalità di curarlo (obbligazione di mezzi)<sup>6</sup>.

Ciò che il legislatore, tanto nella c.d. Legge Balduzzi<sup>7</sup>, quanto nel d.d.l. Gelli<sup>8</sup>, si propone di fare è definire, con i minori margini di incertezza possibili, il comportamento richiesto al debitore. E lo fa con un richiamo alle “linee guida e

<sup>2</sup> Sulla qualificazione del diritto alla salute come diritto sociale v., Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 37. Sul tema dei diritti sociali v., P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, p. 274 ss.; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, p. 177 ss.

<sup>3</sup> Sulla reale portata del diritto alla salute e sulla necessità di bilanciamento con gli altri diritti della personalità v., anche per una rassegna delle decisioni della Corte costituzionale, F. MINNI e A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 3/2013.

<sup>4</sup> Giuramento di Ippocrate – testo moderno.

<sup>5</sup> Per la quale si veda il saggio di M. ZANA, *Il doppio binario della responsabilità*, in questa rivista.

<sup>6</sup> Non è questa la sede per affrontare la dibattuta tematica della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Per una ricostruzione innovativa si v. G. SICCHIERO, *L'obbligazione gravante sull'avvocato è di mezzi e non di risultato. Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2321.

<sup>7</sup> Si tratta, com'è noto, della L. 8 novembre 2012, n. 189 (G.U. 10 novembre 2011), che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, “recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”.

<sup>8</sup> Si tratta del Disegno di legge, n. S. 2224, approvato dalla camera dei deputati il 28 gennaio 2016, in un testo risultante dall'unificazione dei disegni di legge d'iniziativa dei deputati Fucci (259); Fucci (262); Grillo, Cecconi, Dall'osso, Di Vita, Lorefice, Mantero, Baroni E Silvia Giordano (1312); Calabrò, Fucci Ed Elvira Savino (1324); Vargiu, Binetti, Gigli E Monchiero (1581); Miotto, Lenzi, Amato, Bellanova, Beni, Paola Bragantini, Burtone, Capone, Carnevali, Casati, D'Incecco, Fossati, Gelli, Iori, Murer, Patriarca, Piccione e Sbrollini (1769); Monchiero, Rabino, Oliaro, Binetti, Matarrese E Gigli (1902); Formisano (2155), con il nuovo titolo “Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario”. Il testo è attualmente all'esame della 12° Commissione permanente (Igiene e Sanità) della quale si attende a breve l'invio all'assemblea per la discussione.

buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica” o al “rispetto delle buone pratiche e delle regole d’arte”.

Viene in mente un termine: diligenza, sia pure professionale<sup>9</sup>.

Come noto, il richiamo, soprattutto quello della l. Balduzzi, ha fatto molto discutere la dottrina e ha impegnato la giurisprudenza con decisioni che non sempre sono apparse conformi allo spirito della legge.

Così una Corte di Cassazione penale<sup>10</sup>, ha chiarito che «le linee guida costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un’utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche» avvertendo però che «la generica definizione sopra proposta delle linee guida non rende conto del multiforme, eterogeneo universo che dà corpo alla categoria»<sup>11</sup>.

È oramai noto, infatti, che le linee guida provengono da diverse fonti che godono di un diverso grado di affidabilità: alcuni documenti provengono da società scientifiche, altri da gruppi di esperti, altri ancora da organismi ed istituzioni pubblici, da organizzazioni sanitarie di vario genere.

Da un’altra prospettiva, poi, sono approntate per rispondere a finalità specifiche e utilizzano metodologie variegate: alcune hanno un approccio più speculativo, altre sono maggiormente orientate a ricercare un punto di equilibrio tra efficienza e sostenibilità; altre ancora sono espressione di diverse scuole di pensiero che si confrontano e propongono strategie diagnostiche e terapeutiche differenti.

Infine, anche in dipendenza della metodologia utilizzata, non tutte hanno il medesimo grado di aggiornamento o, in altre parole, di adeguamento al divenire del sapere scientifico<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Non è ovviamente questa la sede per richiamare i numerosi autori che hanno definito il ruolo della diligenza nella valutazione del comportamento del debitore. Basti qui il rinvio ad alcuni tra i più antichi. Cfr., A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 55; S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539.

<sup>10</sup> Cass. pen., 29 gennaio 2013, n. 16237, in *dirittopenalecontemporaneo.it*.

<sup>11</sup> Anche l’Istituto superiore di sanità fornisce una definizione delle linee guida specificando che esse sono “il prodotto di un processo di revisione sistematica della letteratura e dell’opinione di esperti e rappresentano uno strumento utile per operatori clinici, ricercatori, operatori di sanità pubblica e del sociale, pazienti e familiari in termini sia di organizzazione sistematica sia di aggiornamento delle conoscenze” (<http://www.snlg-iss.it/>).

<sup>12</sup> I problemi giurisprudenziali derivanti dalla vaghezza del concetto sono messi in luce da M. CAPUTO, “*Filo d’Arianna*” o “*flauto magico*”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 878.

È consequenziale, dunque, anche nelle affermazioni dei giudici che «per il terapeuta come per il giudice, le linee guida non costituiscono uno strumento di preconstituita, ontologica affidabilità»<sup>13</sup>. A questo riguardo un primo merito che deve essere riconosciuto al d.d.l. Gelli è il tentativo di mettere ordine in questo informe sistema istituendo un elenco delle società scientifiche le cui linee guida saranno reputate idonee<sup>14</sup>.

## 2. Libertà terapeutica del medico e scelta tra diverse opzioni di cura.

Il problema della non assoluta affidabilità delle linee guida, tuttavia, non esaurisce i termini del dibattito. Non bisogna infatti porre in secondo piano la libertà terapeutica del medico<sup>15</sup> che si caratterizza, proprio nel binomio libertà/responsabilità, nel diritto dovere di «esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo, al di là delle regole cristallizzate nei protocolli medici»<sup>16</sup>.

Ciò significa che, per un indirizzo condiviso da tempo dalla giurisprudenza e anche per comune buon senso, «la posizione di garanzia che il medico assume nei confronti del paziente gli impone l'obbligo di non rispettare quelle direttive laddove esse siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente». Conclusione che, rigirata sul piano della responsabilità, implica che «non vi potrà essere esenzione da responsabilità per il fatto che siano state seguite le linee guida o siano stati seguiti i protocolli ove il medico non abbia compiuto colposamente la scelta che in concreto si rendeva necessaria»<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Per una definizione di linee guida in termini di raccomandazioni di comportamento clinico, cfr., A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 735 ss.

<sup>14</sup> Il sistema delle linee guida si inserisce nel metodo della *Evidence Based Medicine* (EBM) finalizzato all'obiettivo di coadiuvare il medico nelle proprie scelte professionali muovendo dal presupposto dell'insufficienza dell'intuizione, dell'esperienza clinica non sistematica e del ragionamento di tipo fisiopatologico per riconoscere un ruolo centrale al processo di valutazione critica dei risultati prodotti dalla ricerca clinica e pubblicati nella letteratura internazionale. Per queste riflessioni v., M. BARNI, *Evidence Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, pp. 3 ss.

<sup>15</sup> Per la cui affermazione v., di recente, Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, che nel considerare illegittimo il limite dell'impianto di tre embrioni previsto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in tema di Procreazione medicalmente assistita, afferma che «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali».

<sup>16</sup> Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 35922, in *personaedanno.it*.

<sup>17</sup> Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 35922, cit. Cfr., anche Cass. pen., 23 novembre 2010, n. 8254, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

Le numerose decisioni giurisprudenziali che si orientano in questa direzione e che, per vero, sono quasi tutte rese in sede penale<sup>18</sup>, inducono forse a dubitare del rinvio alle linee guida, e nuovamente fanno pensare al concetto di diligenza<sup>19</sup>.

Occorre allora indagare la reale utilità del richiamo, se è vero, come è vero, che mai potrà essere esclusa la fase della verifica della diligenza professionale.

Le poche pronunce che si riscontrano in ambito civilistico, cioè quelle che aiutano a definire il comportamento del giudice nella verifica dell'imputabilità in sede civile e non quelle che affrontano il problema della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, chiariscono innanzitutto i rapporti tra imputabilità penale e responsabilità civile specificando che «la norma [quella della l. Balduzzi] si preoccupa di chiarire che [...] l'assenza di responsabilità penale non esclude la responsabilità civile e il risarcimento del danno»<sup>20</sup>. E anche qui si rivela opportuna la scelta del d.d.l. qui in commento perché appare chiaro l'obiettivo di distinguere nettamente i due titoli di responsabilità disciplinando la questione delle linee guida in un articolo autonomo rispetto a quelli deputati alla regolamentazione sia della responsabilità penale che di quella civile<sup>21</sup>.

Sembra in tal modo che il rispetto delle linee guida, come definite sopra, e cioè quelle contenute negli elenchi *ad hoc* istituiti dal Ministero della Salute, assurga a regola di comportamento che viene sancita a priori e indipendentemente dalla disciplina dettata per le ipotesi di inadempimento.

I Giudici in sede civile, tuttavia, sulla scorta delle disposizioni della l. Balduzzi, hanno dovuto risolvere il problema relativo all'imputabilità della responsabilità

<sup>18</sup> La necessità di distinguere nettamente le regole della responsabilità penale e di quella civile, soprattutto in ambito medico, è fortemente sostenuta da G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 530.

<sup>19</sup> È noto infatti che già da tempo la giurisprudenza nel tentativo di definire il contenuto della diligenza del medico fornisce specificazioni che molto si accostano a quello che oggi chiameremmo rispetto delle linee guida. Cfr., Cass. 8 marzo 1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 1494, Cass. 22 febbraio 1988, n. 1847, in *Arch. civ.*, 1988, p. 684 «la diligenza che “deve impiegare nello svolgimento [della] professione è quella del regolato ed accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale». Ma v. anche, Cass. 3 marzo 1995, n. 2466, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 91, con nota di D. CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*; Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2874; Cass. (ord.) 29 luglio 2010, n. 17694, in *Foro it.*, *Rep.* 2010, voce Professioni intellettuali, n. 173; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492, in *Guida al dir.*, 2002, fasc. 24, p. 24; Cass. 1 febbraio 2011, n. 2334, in *Danno resp.*, 2011, p. 835, con nota di L. BUGATTI, *Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell'onere probatorio*.

<sup>20</sup> Trib. Cremona, 1 ottobre 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in *Danno resp.*, 2013, 4, p. 368 ss.

<sup>21</sup> Una delle maggiori modifiche (oltre a quella di cui si dirà infra nel testo) risultanti dall'approvazione del testo del disegno di legge alla Camera è nella scomposizione tra responsabilità penale (art. 6) e responsabilità civile (art. 7).

nella consapevolezza che spesso il caso concreto permetterebbe la scelta tra diverse scelte terapeutiche e cioè anche scelte che consiglierebbero di non seguire le linee guida. E le richieste di risarcimento derivano proprio dai casi di esito infausto quando il medico abbia comunque seguito le linee guida. La giurisprudenza giunge a conclusioni, per vero, non pienamente condivisibili. Infatti, secondo l'opinione del Tribunale, «laddove si verifichi una complicità, malgrado il rispetto delle linee guida, dovrà essere il danneggiato a provare che l'esito infausto dell'intervento è dipeso dal fatto che il sanitario, in presenza di certe specificità del caso concreto, avrebbe dovuto scostarsi dalle linee guida e operare diversamente, oltre ovviamente alla prova che tale diversa condotta sarebbe stata salvifica»<sup>22</sup>.

Come si diceva, la soluzione non convince, perché se tale interpretazione dovesse passare, il medico avrebbe sempre la convenienza a seguire le linee guida, anche ove la sua esperienza professionale gli consigliasse di non seguirle<sup>23</sup>. Altrimenti, in caso di esito sfavorevole sarebbe soggetto ad una responsabilità che non gli sarebbe invece imputata nell'ipotesi di (errata e consapevole aderenza) alle linee guida. Infatti, se per il paziente è già difficile fornire la prova che scostandosi dalle linee guida l'esito dell'intervento sarebbe stato salvifico, quanto sarebbe complicato allora provare che il medico avrebbe dovuto, per la sua esperienza professionale, seguire un percorso differente da quello suggerito dalle linee guida<sup>24</sup>.

Né sembra dirimente la considerazione, «che non tutte le complicanze sono scongiurabili mediante le opportune misure di prevenzione e quando esse si manifestano nonostante sia accertato che i sanitari, hanno posto in essere tutto quanto è dalla scienza medica messo loro a disposizione per scongiurarle, [...], deve senz'altro escludersi l'inadempimento all'obbligazione di cura nei confronti del paziente. Imputare alla struttura sanitaria anche le complicanze inevitabili ed imprevedibili, nonostante l'apprestamento delle misure di prevenzione disponibili, significherebbe trasformare irragionevolmente l'obbligazione di cura in un vero e proprio contratto di assicurazione contro gli infortuni»<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, in *dirittopenalecontemporaneo.it*.

<sup>23</sup> In questo senso, si legittimerebbe una pericolosa utilizzazione delle linee guida a scopi difensivi. Sull'endiadi linee guida e medicina difensiva, cfr. R. CAMINITI, *La rilevanza delle linee guida e il loro utilizzo nell'ottica della c.d. "medicina difensiva"*, in P. MARIOTTI, A. SERPETTI, A. FERRARIO, R. ZOJA, U. GENOVESE, *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Bologna, 2011, p. 79 ss.

<sup>24</sup> Le difficoltà di provare il nesso di causalità sono oramai note. Cfr., tra i tanti e comunque con riferimento al tema della responsabilità medica, L. NOCCO, *Il "sincretismo causale" e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, p. XVII; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012, p. 147.

<sup>25</sup> Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, *cit.*

Qui non si tratta infatti di assicurare il risultato, ma semplicemente di addossare al medico la prova della propria diligenza professionale<sup>26</sup>. In fondo, in una normale obbligazione è il debitore che deve provare la propria diligenza. Diligenza che in questo campo, si riempie di un contenuto diversificato in ragione di numerosi fattori.

### 3. Libertà terapeutica, responsabilità e tutela della salute.

Già da tempo, cioè prima del decreto Balduzzi, la Suprema Corte affermava che la valutazione della responsabilità del medico deve essere fatta in ragione di una diligenza qualificata sulla base della sua specializzazione e della sua esperienza<sup>27</sup>: la condotta del medico specialista (a fortiori se tra i migliori del settore) va esaminata non già con minore ma al contrario semmai con maggior rigore ai fini della responsabilità professionale, dovendo aversi riguardo alla peculiare specializzazione e alla necessità di adeguare la condotta alla natura e al livello di pericolosità della prestazione<sup>28</sup>, implicante scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> «Non è da escludere che anche nell'ambito di un'eventuale ricostruzione della responsabilità in chiave extracontrattuale si possa giungere alla luce del principio di vicinanza della prova ed al meccanismo della *res ipsa loquitur*, nonché in considerazione degli interessi coinvolti e dell'affidamento che il paziente ripone nell'operato professionale del medico, a delineare un assetto probatorio diverso rispetto a quello che vorrebbe sempre e comunque il paziente gravato della prova della colpa del medico»: così R. BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 768 ss.

<sup>27</sup> In altri termini, «il medico “medio” di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., non è un medico mediocre, ma al contrario è un medico bravo, anzi, molto bravo: un medico che si aggiorna, che va ai convegni, che studia, che si preoccupa della sorte del cliente anche quando non è tenuto ad essere presente in ospedale». Così, M. ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, Corte suprema di Cassazione. Quaderni del Massimario, 2011, p. 15 ss., consultabile anche su [http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato\\_corsi.aspx?File\\_id\\_allegato=700](http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=700).

<sup>28</sup> Cfr., con riferimento al medico sportivo, Cass., 8 gennaio 2003, n. 85, in *eius.it*.

<sup>29</sup> Cfr. Cass., 13 gennaio 2005, n. 583, in *personaedanno.it*; Cass. 8 marzo 1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1494, ove si legge che: «la prestazione professionale del chirurgo non si esaurisce nel compimento del puro e semplice atto operatorio, ma comprende tutto il complesso di cure e di rimedi cui il paziente deve essere assoggettato allo scopo di praticare l'intervento con il minore rischio e di assicurare in seguito un rapido e favorevole decorso dell'infermità, prevedendo o eliminando le possibili complicazioni attraverso le misure ritenute più opportune. Ne discende che, ove per il mancato compimento di tale attività, il paziente subisca un evento lesivo collegato all'insorgere di dette complicanze, non può negarsi la responsabilità del chirurgo, qualunque sia la natura, contrattuale o meno, dell'opera professionale da lui prestata nei confronti del paziente, trattandosi di compiti strettamente inerenti all'attività professionale del chirurgo, il quale è comunque tenuto al loro assolvimento quando procede ad un intervento chirurgico, indipendentemente dal rapporto giuridico in base al quale egli l'esegue e, quindi, anche se il paziente abbia concluso il contratto di prestazione d'opera professionale con il responsabile sanitario della clinica, in cui l'intervento chirurgico è stato poi effettuato. Ne tale responsabilità viene meno ove il chirurgo non abbia l'obbligo di trattenersi nella



Giacché se «il debitore è di regola tenuto ad una normale perizia, commisurata al modello del buon professionista [...] una diversa misura di perizia è dovuta in relazione alla qualifica professionale del debitore [...] in relazione ai diversi gradi di specializzazione propri dello specifico settore professionale» e «ai diversi gradi di specializzazione corrispondono [...] diversi gradi di perizia»<sup>30</sup>.

Come coniugare queste conclusioni unanimemente accolte dalla giurisprudenza con una presunta irresponsabilità del medico che abbia seguito le linee guida?

Per vero la formulazione del d.d.l. Gelli, che impone all'esercente di una professione sanitaria, «salve le specificità del caso concreto», di attenersi alle linee guida non rappresenta un indice certo di valutazione.

Di certo, infatti, le linee guida rappresentano un parametro di valutazione per il giudice necessario alla definizione della diligenza professionale, non tuttavia nel senso che il loro rispetto rappresenta un indice di comportamento non negligente<sup>31</sup>. Ciò che emerge è che la principale valutazione che deve compiere il sanitario è relativa al caso concreto e al se quel caso possa essere trattato con gli orientamenti consolidati, cioè se quel caso non presenti specificità tali da discostarsi dalle linee guida. Peraltro così si tutela quella libertà terapeutica che il codice deontologico preserva laddove, all'art. 13, proprio nel riferimento alle linee guida, non solo prescrive che il medico ne tenga conto ma riporta alla sua personale responsabilità la verifica delle tollerabilità e dell'efficacia dei protocolli diagnostici.

Libertà terapeutica che tuttavia ha la propria ragione non nella esigenza di assegnare un diritto al medico, ma in quella di tutelare la salute del paziente, come efficacemente specificato da una nota sentenza della Corte costituzionale<sup>32</sup>: «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica

clinica ove ha effettuato l'intervento operatorio, dal momento che dal compimento dell'intervento stesso discende il suo Obbligo di praticare tutti i necessari trattamenti post-operatori e quindi di fare in modo di essere prontamente avvertibile per apprestare i necessari rimedi contro possibili complicanze».

<sup>30</sup> Cass. 9 ottobre 2012, 17143, in *www.neldiritto.it*. Assegna alle linee guida una funzione di razionalizzazione del concetto di perizia M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. Legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2015, p. 881 ss.

<sup>31</sup> Numerose sono anche le decisioni che condannano il medico, pur in presenza di adesione alle linee guida, quando detta adesione sia stata meccanica tanto da non accorgersi che il caso specifico richiedeva un trattamento differente. Cfr., Cass. pen., 1 febbraio 2012, n. 4391, in *www.neldiritto.it*; Cass. pen., 20 luglio 2011, n. 34402, in *www.personaedanno.it*; Cass. pen., 12 luglio 2011, n. 38774, in *www.penalecontemporaneo.it*; Cass., 2 marzo 2011, n. 14526, in *dejure online*; Cass. pen., 2 marzo 2011, n. 8254, in *www.ildirittoamministrativo.it*; Cass., 1 marzo 2011, n. 25653; Cass. pen., 18 febbraio 2010, n. 10454, in *www.ilcaso.it*; Cass. pen., 22 gennaio 2010, n. 17556, Cass. pen., 10 aprile 2009, n. 19757; Cass. pen., 29 settembre 2009, n. 38154, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2570 ss.

<sup>32</sup> Corte cost., 19-26 giugno 2002, n. 282, in *cortecostituzionale.it*.

si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

La necessità di preservare l'autonomia del medico è ben messa in luce da una recente giurisprudenza che, proprio nella valutazione della diligenza professionale, ha condannato il medico al risarcimento del danno sulla base della considerazione che «Il fatto di aver eseguito l'intervento in base ai protocolli scientifici non significa *ex se* – in caso di cattivo esito dell'intervento – che l'inadempimento del medico derivi da cause a lui non imputabili poiché le linee-guida contengono valide indicazioni generali riferibili al caso astratto ma il medico è sempre tenuto a esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo, al di là delle regole cristallizzate nei protocolli medici»<sup>33</sup>.

Ma allora sembra che la grossa novità dell'introduzione del riferimento alle linee guida perda molta della sua forza<sup>34</sup>, tenuto conto, del resto, che la valutazione di esse ai fini della perizia professionale è sempre entrata nel processo essendo stata comunque presente nelle perizie dei consulenti<sup>35</sup>. In questa diversa prospettiva, allora, la valutazione delle linee guida coinvolge il ruolo del giudice nella valutazione del caso concreto, e in questo ambito, sia pure non volendo certo equiparare la sua posizione a quella dei sanitari, non si può certo escludere il valore che anche per lui rivestono le conoscenze scientifiche accreditate. Al giudice è demandata innanzitutto la verifica della attendibilità e scientificità dell'operato del medico, non soltanto tramite l'ausilio del CTU, ma anche tramite una rigorosa verifica della scientificità anche della perizia di quest'ultimo<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> App. Roma, 4 luglio 2014, n. 4460. Certo, nel caso specifico il medico era anche responsabile di non aver informato adeguatamente il paziente sulla natura e i rischi dell'intervento. Anche la Suprema corte ha riconosciuto in taluni casi la legittimità del comportamento del medico che non aveva seguito le linee guida. Cfr. Cass. Pen., 28 giugno 2011, n. 33136, in *www.penalecontemporaneo.it*; Cass. pen., 25 gennaio 2002, n. 2865, in *Riv. pen.*, 2002, p. 353.

<sup>34</sup> Come invece afferma parte della dottrina, reputando l'introduzione del richiamo alle linee guida la vera novità della legge. Cfr., M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 173.

<sup>35</sup> In questo senso cfr., M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. Legge Balduzzi*, cit., p. 881 ss., il quale evidenzia che nei giudizi dei consulenti non è automatica l'associazione aderenza alle linee guida/diligenza.

<sup>36</sup> Un caso interessante è quello affrontato da Cass. 20 marzo 2013 n. 7041, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 745, ove la Corte cassa la sentenza di appello per non aver i giudici verificato il fondamento, sul piano scientifico, di una consulenza tecnica che si discosti dalla scienza medica ufficiale: nel caso di specie la decisione era stata incentrata sulla PAS/sindrome da alienazione parentale, la cui esistenza, nell'ambito della scienza medica è fortemente controversa. Su quest'ultima v., M. CASONATO, *Una situazione*

In questo senso le linee guida possono aiutare il giudice nella valutazione del caso concreto poiché consentono una positivizzazione del percorso terapeutico e una maggiore tracciabilità a posteriori dell'operato del sanitario, di modo che nella valutazione il giudice potrà puntare l'attenzione su ogni singola fase del processo.

#### 4. Il ruolo delle linee guida nei casi di responsabilità do equipe: cenni.

Alle linee guida, tuttavia, può essere affidato un ulteriore compito nella valutazione del caso concreto. È noto, infatti, che oramai la professione medica, come del resto la maggior parte delle professioni intellettuali, abbia perso quella connotazione forte di *intuitus personae* che vedeva nel rapporto medico-paziente un rapporto fortemente squilibrato dal lato del medico, depositario delle conoscenze, e caratterizzato dalla fiducia (quasi cieca) del paziente<sup>37</sup>. Ciò, vuoi perché il paziente è divenuto più avveduto e spesso consulta diversi professionisti, vuoi, soprattutto, perché non sembra più possibile parlare dell'atto medico come di un rapporto bilaterale essendo invece quella del sanitario una parte complessa composta da un'organizzazione che vede coinvolti diversi professionisti, con diversi ruoli e diverse responsabilità<sup>38</sup>. La molteplicità dei problemi assistenziali posti dai pazienti per le loro caratteristiche richiedono forme di assistenza che sono sempre meno di pertinenza esclusiva di singole professionalità e necessitano di risposte multispecialistiche e multiprofessionali in cui l'elemento centrale è rappresentato dal coordinamento e dall'integrazione tra servizi e professionalità distinte che intervengono in momenti diversi di uno stesso percorso o contemporaneamente sullo stesso paziente<sup>39</sup>.

*patologica controversa: l'alienazione parentale nei conflitti familiari*, in *Fam. dir.*, 2015, 7, p. 735. Sul ruolo della scienza nel processo, portando ad esempio proprio la sentenza citata, G. VANACORE, *Sapere scientifico e processo giudiziario*, in *Danno resp.*, 2015, p. 645 ss.

<sup>37</sup> Si vedano le riflessioni di M. FRANZONI, *Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 587 ss.: «il professionista è sempre meno *magister*, quindi è sempre meno mago, come direbbe il filologo, ed è sempre più fornitore di servizi, anche se di alta qualità, per i quali è impegnato al pari di qualsiasi altro debitore».

<sup>38</sup> Sull'evoluzione del rapporto medico-paziente. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritto*, Bologna, 1995; ID., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595; L. CORSARO, *Responsabilità civile-Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 1; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 649.

<sup>39</sup> Si vedano le considerazioni di N. MUCCIOLI, *La responsabilità sanitaria tra medico e struttura in un caso esemplare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, p. 10282, la quale distingue tra *malasana* e *malpractice*.

A ciò si aggiunga l'elevato e sempre crescente livello di sofisticazione tecnologica che richiede non soltanto professionalità adeguate al loro corretto impiego, ma spesso anche contesti assistenziali sufficientemente attrezzati sul piano organizzativo<sup>40</sup>.

In questa situazione il rispetto delle linee guida può servire a definire un orientamento e un modo di lavoro condiviso in un sistema nel quale le responsabilità vanno ripartite<sup>41</sup>.

Infatti, può accadere che non sia imputabile il medico, pur in presenza di danno, ove quest'ultimo sia dipeso da carenze imputabili alla struttura sanitaria<sup>42</sup>.

In questa prospettiva è tuttavia necessario un impegno della struttura sanitaria nella scelta delle linee guida da seguire anche in considerazione degli obiettivi da raggiungere. E il pericolo è che ciò si possa verificare nuovamente a discapito della libertà terapeutica del medico e del paziente.

5. Libertà di cura del medico e libertà di scelta del paziente: il ruolo del consenso informato.

Fin qui nulla di nuovo rispetto ad un dibattito, quello sulla legge Balduzzi, che, sia pure giovane, appare oramai consolidato. Ciò che aggiunge la norma del d.d.l. Gelli è un richiamo, a mio parere molto importante, alle specificità del caso concreto. Lo fa, per vero, con un inciso forse troppo timido, e senza alcun riferimento al consenso del paziente<sup>43</sup>. Ma l'impressione è che lo spirito della legge

<sup>40</sup> Sulle specificità della responsabilità medica G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 316; M. LIGUORI, *La responsabilità civile medica*, in *Sub iudice*, Pisa, 1998, p. 63; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p. 140 ss.

<sup>41</sup> Significativo è il caso deciso da Trib. Rimini, 8 settembre 2015, (consultabile su <http://www.cimocampania.it/tribunale-di-rimini-fuga-del-paziente-psichiatrico-responsabilita-del-medico-e-della-struttura-sanitaria/>) ove, nell'indizione, il ricorrente cita il medico curante, la struttura sanitaria nella persona del responsabile diretto, il responsabile del territorio e dell'Azienda U.S.L., il responsabile dell'Unità Operativa del SPDC, titolare della cellula specialistica all'interno del DSM della AUSL, il responsabile del reparto psichiatria della casa di cura, il dirigente medico responsabile del reparto.

<sup>42</sup> Si potrebbe trattare di difettosa sepsi degli ambienti ospedalieri, o di carente o omessa predisposizione di macchinari, strutture e presidi terapeutici, o di omessa predisposizione di turni efficienti di personale, o di *culpa in vigilando* o *in eligendo*: App. Venezia, 16 giugno 2005, in *Danno resp.*, 2006, p. 293; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it). Ma obbligo della struttura sanitaria è anche quello della cura e protezione dei pazienti: Cass. 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce Responsabilità civile, n. 88; sostanzialmente nello stesso senso è altresì copiosa la giurisprudenza di merito: si vedano, al riguardo, Trib. Roma 26 gennaio 2004, *inedita*; Trib. Venezia, 23 ottobre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1844; Trib. Perugia, 26 giugno 1991, in *Arch. civ.*, 1992, 453; Trib. Trieste, 23.11.1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 986; Trib. Milano, 13 luglio 1989, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 54.

<sup>43</sup> Sul rilievo del consenso informato del paziente quale «sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine

sia più quello di definire un sistema generale di gestione del rischio sanitario che non quello di disciplinare il rapporto medico/paziente.

Tra l'altro se si confrontano diverse versioni del disegno di legge appare subito lampante che in una versione precedente<sup>44</sup> il consenso del paziente era richiamato quale criterio di valutazione dell'operato del medico al pari del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche<sup>45</sup>.

Nella versione approvata dalla Camera, la questione è invece condensata nell'art. 5 il quale, anche se opportunamente risolve l'apparenza commistione tra responsabilità civile e penale e inserisce la specificità del caso concreto, inspiegabilmente elimina il riferimento al consenso<sup>46</sup>.

L'art. 5, nel testo approvato a febbraio alla Camera sancisce infatti che: 1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Ai fini della presente legge, le linee guida vengono inserite nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) e pubblicate sul sito dell'Istituto superiore di sanità” e il testo proposto per l'approvazione in Senato dalla Commissione Igiene e Sanità di poco modifica il contenuto della norma se non per una migliore qualificazione delle linee guida accreditate<sup>47</sup>.

alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione», v. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

<sup>44</sup> Per l'esattezza quella aggiornata alla seduta dell'8 ottobre 2015 della Commissione affari sociali della Camera.

<sup>45</sup> Era l'art. 6 del d.d.l. Gelli: “Le prestazioni sanitarie erogate con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, eseguite da esercenti le professioni sanitarie, con il consenso informato del paziente salvo i casi stabiliti dalla legge, tenuto conto delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida di cui al secondo periodo, non costituiscono offese all'integrità psico-fisica”.

<sup>46</sup> Il riferimento al consenso non è reintrodotto neanche nell'ultima versione proposta dalla Commissione Igiene e Sanità lo scorso 8 novembre 2016.

<sup>47</sup> Il nuovo testo recita: «1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla

Eppure, dottrina e giurisprudenza rimarkano da tempo la centralità della partecipazione attiva del paziente<sup>48</sup> nella scelta in quella apparente dicotomia<sup>49</sup> tra libertà di cura del medico e libertà, per così dire, di cura del paziente<sup>50</sup>. Dicotomia che si affievolisce e diviene complementarietà solo ove si consideri la finalità ultima del rapporto di cura che è quella di preservare il benessere psico-fisico della persona.

Nella precedente formulazione l'endiadi consenso informato/buone pratiche clinico assistenziali, rappresentava un'importante novità poiché lasciava intendere che la legittimità dell'operato del medico passava per una doppia valutazione di congruità che non è soltanto l'aver seguito le linee guida ma, ancora una volta, aver discusso con il paziente non soltanto del caso clinico ma anche di un possibile eventuale discostarsi proprio dalle linee guida.

6. Consenso informato quale specificazione del contenuto della diligenza del medico.

I pericoli di una lettura separata tra aderenza alle linee guida e consenso del paziente sono riassunti in una nota vicenda giunta all'attenzione di una Corte inglese nel 2005: la corte d'appello accoglie il ricorso del *General medical council* le cui linee guida erano state dichiarate illegittime dalla *Queen's Bench Division*

data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

<sup>48</sup> Il c.d. principio del consenso informato rappresenta la possibilità di attuazione del diritto di scegliere la cura. Sulle numerose implicazioni di tale libertà riconosciuta al paziente v. la nota vicenda del caso Di Bella (Corte cost., 20-26 maggio 1998, n. 185) e le numerose note dottrinali: cfr., A. LANOTTE, *Decreto Bindi: multiterapia e polemiche*, in *Foro it.*, 1998, p. 2289 ss.; A. CERRI, *La salvaguardia del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitrattamento Di Bella"*, in *Giur. it.*, 1999, n. 5, p. 160 ss.; M. CICALA, *"Caso Di Bella" e diritto alla salute*, in *Corr. giur.*, 1998, n. 5, p. 501 ss.; G. GUZZETTA, *Con un "check-up" completo sulla normativa scoperta la lesione del diritto alla salute*, in *Guida dir.*, 6 giugno 1998, p. 19 ss. Il diritto all'informazione troverebbe il suo fondamento costituzionale nell'art. 13, «il quale, come è noto, afferma l'inviolabilità della libertà personale – nel cui ambito si ritiene compresa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica – escludendone ogni restrizione (anche sotto il profilo del divieto di ispezioni personali), se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge» e nell'art. 32, comma 2. In questo senso, Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2913, con nota di E. SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*.

<sup>49</sup> Il rapporto tra consenso del paziente e responsabilità del medico è indagato da G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37 ss. (spec. p. 39 s.).

<sup>50</sup> E in questo senso è necessario che il consenso richiesto al paziente sia adeguatamente informato altrimenti non potrebbe essere reputato consenso. G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, «consenso informato» del paziente e responsabilità del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 941

of the High Court<sup>51</sup>. La specificità della questione sta nel fatto che le suddette linee guida disciplinavano l'autonomia del medico nella scelta di applicare cure di prolungamento artificiale della vita in casi di gravi malattie terminali. Il giudice di prime cure afferma l'illegittimità delle linee guida per fare esse riferimento precipuo al diritto al rifiuto e non al diritto a richiedere il trattamento. La Corte d'appello invece interpreta le linee guida, ritenendo che esse non contraddicano l'obbligo giuridico del medico di mantenere in vita il paziente secondo i suoi desideri espressi e di trattare il paziente secondo il suo *best interest*. Poiché, indipendentemente dal tenore letterale delle linee guida, nel caso che un paziente capace esprima il desiderio di essere mantenuto in vita con idratazione e nutrizione artificiali, il medico che terminasse tali trattamenti sarebbe colpevole di omicidio.

Il consenso informato al trattamento integra e specifica, dunque, il contenuto delle linee guida secondo la definizione contenuta nell'art. 33 del codice di deontologia medica del 2006 "Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate".

In questa specificazione si coniuga proprio quell'apparente dicotomia tra libertà del medico e del paziente.

Laddove, il consenso informato ha come correlato la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico<sup>52</sup>. Ciò significa, che il paziente deve essere parte della squadra di lavoro che ha come fine ultimo la tutela della sua salute<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Cfr., *Leslie Burke vs. General Medical Council*, Case N. C1/2004/2086, [2005] EWCA Civ 1003, consultabile su <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed409>.

<sup>52</sup> Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *www.biodiritto.org*. Ma già cfr., Cass., 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, p. 1040 ss.; Cass., 26 marzo 1981, n. 1773, in *Arch. civ.*, 1981, p. 544; Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2913; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771. In particolare, la giurisprudenza afferma che «L'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l'ausilio tecnico-scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi» (Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, p. 771). Infatti, con il consenso il paziente non rinuncia ad esercitare il proprio diritto alla salute rimettendosi alle scelte del medico semmai esso è una modalità di esercizio proprio del diritto alla salute G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 54 ss.

<sup>53</sup> Cass. 24 settembre 1997, n. 9374, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 78, con nota di C. MARTORANA, *Brevi osservazioni su responsabilità professionale ed obbligo di informazione*, Ma v., anche l'annotazione di F. INTRONA, *Consenso informato e rifiuto ragionato. L'informazione deve essere dettagliata o sommaria?*, in *Riv. it. med. leg.* 1998, IV, p. 821 ss. Nello stesso senso, Trib. Napoli 30 gennaio 1998, in *Tagete*, 1998, fasc. 4, p. 62. Non si vuole qui prendere posizione sulla complessa e dibattuta tematica sul diritto a rifiutare le cure. Sembra tuttavia necessario segnalare che da tempo la giurisprudenza tende ad ammettere la legittimità del rifiuto anche per interventi salvavita. Cfr., Cass. 25 novembre 1994, n.

In questo senso, risultano poco comprensibili le ragioni di una scelta che espunga ogni riferimento al consenso del paziente per lasciare spazio ad un pur doveroso riferimento alla specificità del caso concreto.

Laddove detta specificità può essere caratterizzata proprio dal rispetto del potere di autodeterminazione che, in definitiva non è altro che rispetto del principio di tutela della salute ove si rifiuti una caratterizzazione del rapporto medico/paziente improntata ad un assoluto paternalismo<sup>54</sup> per giungere ad una vera e propria alleanza, accogliendo così la definizione di salute che oramai da tempo ha adottato l'organizzazione mondiale della sanità: «La salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste soltanto in un'assenza di malattia o di infermità. Il possesso del massimo stato di salute che è capace di raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ogni essere umano».

10014, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2913; Cass. 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1711 ss.; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it); Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Giur. it.*, 2009, p. 1661 ss.; App. Trieste, 25 ottobre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 145; App. Trento, 19.12.2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 145, e Pret. Modica, 13 agosto 1990, in *Foro it.*, 1991, I, p. 271; App. Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. it.*, 1983, II, p. 368.

<sup>54</sup> Vigente soprattutto in passato: «il medico ha seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea» (Cass. 22 dicembre 1925, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, p. 537; App. Milano, 16 ottobre 1964, in *Temi*, 1964, p. 350: «Risponde ai criteri di ragionevolezza, che devono caratterizzare la valutazione dei fatti umani, oltre l'astrattezza e il formalismo delle norme, che il chirurgo taccia al malato la gravità del suo male e il rischio che un'operazione comporta, criterio sanzionato da una prassi tramandata a noi da tempi antichissimi, e consacrata nei principi deontologici, secondo cui il celare all'ammalato la nuda verità è precipuo dovere, forse il più nobile, del medico cui spetta di vagliare ciò che il paziente debba sapere e quanto debba essergli nascosto». Più tardi si giunse ad una concezione per la quale l'obbligo informativo era reputato sussistente solo nei casi in cui venissero poste in serio pericolo la vita o l'incolumità fisica del paziente: così Cass. 25 luglio 1967, n. 1950, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1772 ss.; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Foro it.*, 1976, I, p. 745; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, *Foro it. Rep.* 1976, voce *Professioni intellettuali*, nn. 40-42.